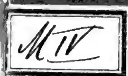
Rechtswidrig... und Verbrechen

Carl Stooss





Vom Verfasser.

Carl Stooss: *Rechtswidrigkeit und Verbrechen.*

Aus der

Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht.

EXTRAIT

DE LA

REVUE PÉNALE SUISSE.

Zehnter Jahrgang. 1897. Dixième année.

Aus der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht. Zehnter Jahrgang, 1897.

Rechtswidrigkeit und Verbrechen.

Von

Carl Stooss.

In dem Strafgesetz stellt der Gesetzgeber den Inhalt und den Umfang der staatlichen Strafpflicht fest, und zwar erschöpfend und abschliessend. Die Strafgewalt des Staates schneidet in die wichtigsten Güter des Menschen, an denen sie ausgeübt wird, so tief ein, dass sie *nur* durch Gesetz begründet werden darf. Das Gefühl der Rechtssicherheit, dessen sich der Angehörige eines „Rechtsstaates" in der Regel erfreut, würde bedenklich erschüttert, wenn es den Gerichten zustehen würde, Lücken, die das Strafgesetz ihres Erachtens enthält, auszufüllen, also die Strafpflicht des Staates auf Fälle auszudehnen, die der Strafgesetzgeber der Strafpflicht nicht unterworfen hat. So bildet der Rechtssatz „nullum crimen sine lege" einen Freiheitsbrief für alle Bürger gegen die Überspannung der staatlichen Strafgewalt durch den Richter. Wenn das Gesetz erklärt hat, diese genau bestimmte Handlung begründet eine Strafpflicht des Staates, so darf derjenige, der sich einiges Vertrauen in die Weisheit des Gesetzgebers bewahrt hat, mit einiger Zuversicht annehmen, dass die Handlung nicht nur formell, sondern auch ihrer Natur nach das strafende Einschreiten des Staates gegen ihren Urheber erfordere. Doch fehlt auch der Strafgesetzgebung unserer Zeit die Garantie, welche allein eine gerechte Bethätigung der staatlichen Strafgewalt, eine Übereinstimmung zwischen formeller und materieller Strafpflicht verbürgen würde, nämlich eine wissenschaftlich begründete und durch die Erfahrung bewährte Feststellung der Grundsätze, nach welchen die Strafpflicht auszuüben ist. Gewiss kann der Inhalt und der Umfang staatlicher Strafpflicht nicht naturrechtlich ein für allemal festgestellt werden. Dem widerspricht schon die Thatsache, dass Verbrechen und Strafe nach Zeit und Ort die verschiedenste Gestalt annehmen. Und doch sind

in der Flucht der Erscheinungen gewisse Grundsätze der Strafgesetzgebung, die stets bewusst oder unbewusst, genauer oder weniger genau angewendet worden sind, festzuhalten.

Die *materielle Strafpflicht* des Staates beruht auf folgenden Grundlagen:

1. der Staat erachtet sich nur dann als strafpflichtig, wenn ein Zurechnungsfähiger ein Gut einer Person, der Gesellschaft oder des Staates verletzt oder gefährdet oder wenn seine Handlung erfahrungsgemäss geeignet ist, ein solches Gut zu verletzen oder zu gefährden;
2. wenn das Gut, gegen das sich der Angriff richtet, für das Gemeinwesen ein solches Interesse darbietet, dass es der Staat zu schützen berufen ist;
3. wenn das Gut nur dadurch geschützt werden kann, dass Angriffe gegen dasselbe durch Bestrafung der jeweiligen Angreifer bekämpft werden.

Eine Handlung darf also mit Rücksicht auf den Zweck des Strafrechts nur dann als Verbrechen unter Strafe gestellt werden, wenn dies im staatlichen Interesse zur Verwirklichung des Güterschutzes unerlässlich ist. Dann aber ist die Bethätigung der Strafgewalt nicht nur ein *Recht* des Staates, sondern auch seine *Pflicht*.

Da die Anschauung darüber, was ein Gut sei, ob das Gemeinwesen an einem Gute und seiner Unverletzlichkeit ein so dringendes Interesse habe, dass es zu dessen Schutze verpflichtet sei, und ob dieser Schutz nur durch Bestrafung der Urheber von Schädigungen und Gefährdungen zu erlangen sei, so wie die Auffassung über Zweck und Aufgabe des Staates stetem Wechsel unterworfen ist und nach Zeit und Ort sich verändert, so verändert sich damit auch Inhalt und Umfang der staatlichen Strafpflicht.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Strafgesetzgeber ein Gut als Gattung unter Strafschutz stellt und die Strafpflicht gegen eine Gattung von Handlungen begründet. Die Gattung setzt sich jedoch aus der Gesamtheit der Einzelerscheinungen zusammen. Daher wird der Gesetzgeber die Strafpflicht nur dann richtig feststellen, wenn er den Typus der Gattung in der Fülle der Einzelerscheinungen erkennt. Die Befähigung zu dieser Erkenntnis kann nur durch eine sorgfältige Beobachtung des Lebens erworben werden.

Die Strafpflicht des Staates würde aber einseitig gewürdigt, wenn sie nicht nach einer zweiten Seite hin betrachtet würde, die dem Ver-

brechen erst seinen wahren Charakter giebt. Für das Volk ist das Verbrechen das sittlich Verwerfliche, das Böse, *das Schlechte,* das der Staat an dem Urheber in vergeltender Gerechtigkeit ahndet. Der Staat erscheint dem gemeinen Mann als die Macht, die das Schlechte bestraft, so dass der Schlechte zur Strafe das erleidet, was er verdient. Mit dieser Volksanschauung steht und fällt das Strafrecht. Wenn auch der Staat den Verbrecher nicht deshalb bestraft, weil er schlecht gehandelt hat, sondern weil er das gemeine Wohl in einem seinem Schutze unterstehenden Gut verletzt hat und weil solche Verletzungen im Interesse der Unversehrtheit jenes Gutes nur durch Bestrafung der Urheber der Verletzung wirksam bekämpft werden können, so ist doch der Gegensatz nur scheinbar; denn der Staat ruht auf *sittlicher* Grundlage, was er strafend schützt, das dient einem sittlichen Bedürfnisse; was er strafend bekämpft, ist regelmässig auch unsittlich und schlecht.

Es wird dem Staat nur dann gelingen, Angriffe auf staatlich geschützte Güter durch Bestrafung der Urheber solcher Angriffe wirksam zu bekämpfen, wenn diese Urheber sich bewusst sind, dass sie Strafe verdient haben und wenn sie und das Volk die Bethätigung der Strafgewalt als gerecht empfinden. Denken wir uns das Gefühl sittlichen Verschuldens in dem menschlichen Gewissen weg, so müsste sich der Mensch, der wegen seiner That staatlicher Strafe unterworfen wird, im Gefühl, Unrecht zu erdulden, aufbäumen; er würde den Richter entrüstet fragen, wer giebt dir das Recht, so an mir zu handeln, und wenn der Richter sich auf das Gesetz berufen würde, so würde der Bestrafte das Gesetz verfluchen, das solches anordnet und gebietet. Es ist vollkommen begreiflich, dass diejenigen, welche die sittliche Macht der Strafe nicht als solche empfinden, die Gerechtigkeit der staatlichen Strafe verneinen und den Staat, der Gerechtigkeit übt, willkürlicher Schädigung ihrer Güter anklagen. Wird strafrechtliche Schuld von dem Thäter nicht als eine Gewissensschuld erkannt, so wird die Grundlage aller Zurechnung zerstört. Dann darf nur der bestraft werden, der die *Norm Bindings* kannte und sie *wissentlich* übertrat. Wollten wir mit dieser Lehre Ernst machen, so könnte der Mehrzahl der Verbrecher ein Verbrechen nicht nachgewiesen werden; sie haben das *Rechtsgebot* nicht gekannt, wer will ihnen das Gegenteil beweisen?

Dieser Zusammenhang des Strafrechts mit der Sittlichkeit legt dem Gesetzgeber aber auch die Pflicht auf, nur solche Verletzungen oder Gefährdungen von Gütern als strafpflichtig zu erklären, die

das menschliche Gewissen als unerlaubt und schlecht empfindet, und Vorsorge zu treffen, dass die Verletzungen und Gefährdungen, die das sittliche Gefühl regelmässig verurteilt, dann von der Strafpflicht ausgenommen werden, wenn sie ausnahmsweise aus sittlichen Beweggründen hervorgegangen sind, insbesondere wenn der Thäter damit einer sittlichen Pflicht genügte. Nichts erschüttert den Glauben an die Gerechtigkeit der Strafjustiz so stark, als die Verurteilung eines Menschen wegen einer Handlung, die vor dem Sittengesetz besteht. Daher soll die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung oder Gefährdung nicht unter allen Umständen strafbar sein, sondern nur dann, wenn sie eine schlechte, sittlich verwerfliche Handlung ist. Jedenfalls soll ein edler Beweggrund die Strafe für den Thäter bedeutend mildern.

Leider ist der Inhalt und der Umfang der staatlichen Strafpflicht auch gegenwärtig nicht durchaus diesen Grundsätzen entsprechend festgesetzt, und das, was wir als materielle Strafpflicht des Staates bezeichneten, ist formell nur mit bedeutenden Einschränkungen anerkannt. Dieser Gesetzeszustand wird so lange andauern, als die Wissenschaft ihrer Aufgabe, die leitenden Grundsätze der Gesetzgebung in allgemeiner Weise festzustellen und damit dem Gesetzgeber den Weg zu weisen, nicht nachkommt. Unsere Zeit ist freilich solcher wissenschaftlichen Arbeit nicht besonders günstig, da über die Elemente aller Strafgesetzgebung ein Streit waltet, dessen Ende nicht abzusehen ist. Die kriminalistische Theorie ist heute für den Gesetzgeber keineswegs die Stätte, aus der er für seinen Beruf gefestigt und erleuchtet hervorgeht, sondern nicht so ganz selten ein gefährlicher Irrgarten, der ihn dahin und dorthin verlockt und ihn von seinem Ziele, das gemeine Wohl zu fördern, ablenkt.

Gemäss dem Satz „nullum crimen sine lege“ geben die Strafgesetzgebungen ein Verzeichnis aller Handlungen, die gegen deren Urheber eine Strafpflicht des Staates begründen. Jede Handlung wird nach ihren subjektiven und objektiven Merkmalen bezeichnet, und es wird die Strafe festgesetzt, die den Thäter treffen soll. So finden wir Tötung, Körperverletzung, Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Betrug, Notzucht, Brandstiftung nach ihren Merkmalen in gesetzliche Thatbestände zusammengefasst. Eine Reihe von Merkmalen, die allen Verbrechen oder doch einer grossen Zahl von Verbrechen gemeinsam sind, stellt die neuere Strafgesetzgebung nach dem Vorgang der Lehre in einem allgemeinen Teile zusammen. Ob ein Merkmal zu dem allgemeinen oder zu dem besonderen Thatbestand gehört, hängt

wesentlich von gesetzestechnischen Rücksichten ab. Ob das Gesetz im allgemeinen Teil bestimmt, der Versuch von Verbrechen wird bestraft, oder ob es bei dem einzelnen Thatbestand bestimmt, der Versuch ist strafbar, berührt das Wesen des Verbrechens nicht.

Somit verfällt jeder, der eine Handlung begeht, welche die Merkmale eines gesetzlichen Thatbestandes verwirklicht, der Strafe, die für den Thäter angedroht ist, wenn nicht etwa besondere Gründe vorliegen, welche ein Verschulden des Thäters ausschliessen oder die Strafpflicht des Staates nachträglich aufheben.

Dem ist aber, wie es scheint, nicht so. Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, seinen Körper verletzt, ihn der Freiheit beraubt, sein Vermögen schädigt, ist nicht strafbar, wenn die *Rechtswidrigkeit der Handlung* ausgeschlossen ist.

Es kommt nämlich vor, dass der *Gesetzgeber* Verletzungen, welche die Merkmale eines gesetzlichen Thatbestandes aufweisen, so z. B. vorsätzliche Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung, ausnahmsweise *gebietet* oder *erlaubt* oder *straflos erklärt*. Die Verletzung ist also in solchen Fällen *ausnahmsweise* pflichtgemäss, rechtmässig oder doch straflos.

Nach der herrschenden Lehre gehören zu diesen Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit namentlich folgende Verletzungen, die sonst mit Strafe bedroht sind:

I. *Pflichtmässige* Verletzungen, die vollzogen werden:

1) in Ausübung einer *Amts-* oder *Dienstpflicht,* so namentlich die Entziehung von Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen zur Bestrafung der Schuldigen, Untersuchungshandlungen (Haft, Haussuchungen), polizeiliche Eingriffe;
2) in Ausübung einer *Bürgerpflicht;*
3) in Ausübung der *Wehrpflicht.*

II. *Rechtmässige* Verletzungen, die vorgenommen werden:

1) in *Notwehr,* einschliesslich des berechtigten Widerstandes gegen die Staatsgewalt und der Beleidigung zur Wahrung berechtigter Interessen (Deutsches R. St. G. B., § 193);
2) in *berechtigter Selbsthülfe;*
3) in Ausübung einer *Erziehungsgewalt;*
4) in Ausübung einer *Disciplinarbefugnis.* Ist die Ausübung der Disciplinarbefugnis öffentlich-rechtliche Pflicht, so ist sie pflichtgemäss;

5) in Ausübung eines *Berufsrechts;*
6) in Ausübung eines sogenannten *Notrechts.*

III. *Straflose* Verletzungen, die begangen werden:
im *Notstand.*

Ausserdem bestehen noch eine grössere Zahl von Gründen, welche die Rechtswidrigkeit auf Grund besonderer in den verschiedensten Gesetzen zerstreuten Bestimmungen ausschliessen.

Ob auch die Verletzungen, die auf Befehl eines Vorgesetzten verübt werden, und Verletzungen, zu denen der Verletzte einwilligte, hierher gehören, ist bestritten.

Dass eine Verletzung, wenn sie auch den Staat sonst zur Strafe verpflichtet, dann keine Strafpflicht des Staates begründet, wenn der Staat diese verletzende Handlung gesetzlich anordnet oder erlaubt oder sie als straflos erklärt, erscheint unzweifelhaft. Der Staat würde seinen eigenen Erklärungen widersprechen, wenn er das, was er befiehlt, zulässt oder straflos erklärt, als Verbrechen anerkennen würde. Ist eine Verletzung pflichtmässig, rechtmässig oder straflos erklärt, so *ist damit eine gesetzliche Ausnahme von der anderweitig festgestellten Strafpflicht begründet.* Demgemäss erfahren die *gesetzlichen Thatbestände,* insbesondere die gesetzlichen Thatbestände, die sich auf Tötung, Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Vermögensbeschädigung und Ehrverletzung beziehen, eine *wichtige Einschränkung* bezüglich solcher Handlungen, die äusserlich dem gesetzlichen Thatbestand entsprechen, die aber *der Strafpflicht des Staates auf Grund besonderer Bestimmungen entzogen sind.* Der gesetzliche Thatbestand ist in Wirklichkeit enger, als es dem Wortsinne nach scheint. Es ist daher ganz richtig, wenn *Binding* auf Grund seiner Anschauung annimmt, in diesen Fällen sei keine Norm verletzt.

Wer daher einen Menschen in Notwehr oder in Notstand, oder als Soldat im Kriege, oder in Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils tötet, erfüllt den gesetzlichen Thatbestand des Mordes *nicht;* denn dieser gesetzliche Thatbestand umfasst die Fälle pflichtmässiger, rechtmässiger oder strafloser Tötungen nicht. Mit andern Worten: Der gesetzliche Thatbestand, „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet“, berührt die Tötung, die in Notwehr oder im Notstand oder kriegsmässig oder urteilsmässig ausgeführt wird, nicht.

Dass in den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit eine Ausnahme von der staatlichen Strafpflicht und damit eine

Einschränkung der gesetzlichen Thatbestände hinsichtlich pflichtmässiger, rechtmässiger und strafloser Handlungen vorliegt, wird gegenwärtig nicht genügend erkannt. Da es aber keinem Zweifel unterliegt, dass derjenige, der pflichtmässig oder rechtmässig handelt, oder dessen Handlung als straflos erklärt ist, nicht bestraft werden darf, so wird dieses Ergebnis auf Umwegen herbeigeführt.

Die einen, wie *von Liszt, subintelligieren* den gesetzlichen Thatbeständen das Merkmal *„rechtswidrig"*, so dass nun die pflichtmässige und die rechtmässige Verletzung nicht unter den gesetzlichen Thatbestand fällt.

Der Unterschied der hier vertretenen Auffassung von derjenigen von Liszts zeigt sich an folgendem Beispiel.

Wer die in Frage stehenden Fälle als *Ausnahmen von der Strafpflicht* betrachtet, ist sich bewusst, dass der Satz: „Wer vorsätzlich tötet, wird bestraft...", durch *gesetzliche Ausnahmen durchbrochen* ist und *nur mit diesen gesetzlichen Ausnahmen* gilt.

Indem er diese gesetzlichen Ausnahmen berücksichtigt, erhält der Satz dem Inhalt des Gesetzes entsprechend folgende Fassung: „Wer vorsätzlich tötet, wird, *sofern das Gesetz die Handlung nicht ausnahmsweise als pflichtgemäss, rechtmässig oder straflos anerkennt,* bestraft..."

Durch diese Fassung wird dem Gesetze nichts beigefügt, was nicht schon darin enthalten wäre. Diese Fassung stellt sich lediglich als das Ergebnis der verschiedenen Feststellungen dar, die der Gesetzgeber hinsichtlich der vorsätzlichen Tötung getroffen hat. Dass der Gesetzgeber es vorzieht, die Ausnahmen von der gesetzlichen Strafpflicht den gesetzlichen Thatbeständen nicht als Ausnahmen *anzuschliessen,* erklärt sich aus begreiflichen *technischen* Erwägungen. Soweit diese Ausnahmen, wie die Verletzungen in Notwehr und Notstand allgemeiner Natur sind, gehören sie systematisch in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches; soweit es sich um pflichtmässige oder rechtmässige Verletzungen handelt, die nicht in erster Linie als Ausnahmen von der Strafpflicht Bedeutung haben, sind sie in andern Quellen zu regeln. Das darf uns aber nicht hindern, sie ihrer Natur nach als Ausnahmen von der Strafpflicht anzuerkennen.

Um jedem Missverständnis vorzubeugen, könnte der Strafgesetzgeber vielleicht im Anschluss an den Satz „nullum crimen sine lege" eine allgemeine Bestimmung etwa folgenden Inhalts in das Straf-

gesetzbuch aufnehmen: *Ist die Handlung ausnahmsweise geboten, erlaubt oder straflos erklärt, so gilt sie nicht als mit Strafe belegt* [1]).

Dass dies der *Sinn* des Gesetzes ist, darf nach dem Ausgeführten kaum mehr bezweifelt werden. Doch ist eine solche Bestimmung nicht notwendig, um die sogenannten Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit als Fälle ausgeschlossener Strafpflicht und als Ausnahmen von gesetzlichen Thatbeständen anzuerkennen.

von Liszt [2]) dagegen nimmt an, die Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedürfe als *selbstverständlich* keiner besondern Hervorhebung im Gesetze. *von Liszt* stellt in der Folge den Satz auf: „Soweit die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen ist, kann von einem Verbrechen nicht die Rede sein.“ Der Gedankengang *von Liszts* ist mir nicht vollkommen klar geworden; ich vermute, es fehle ein Zwischenglied. Da jedoch von Liszt die Rechtswidrigkeit als *Begriffsmerkmal* des Verbrechens erklärt [3]) und dieses Merkmal seines Erachtens nur deshalb im Gesetze nicht besonders hervorzuheben ist, weil es *selbstverständlich* sei, so subintelligiert offenbar von Liszt jedem gesetzlichen Thatbestand das Wort *„rechtswidrig“*. Der Thatbestand, „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet“, würde also ein weiteres latentes Merkmal enthalten und der gesetzliche Thatbestand wäre im Sinne des Gesetzgebers so gefasst oder doch gedacht: „Wer vorsätzlich und *rechtswidrig* einen Menschen tötet“.

Dann umfasst allerdings der gesetzliche Thatbestand die *rechtmässigen* Tötungen deshalb nicht, weil in diesen Fällen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist.

Nach dieser Auffassung bezieht sich der gesetzliche Thatbestand: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet“, auf alle vorsätzlichen Tötungen. Erst dadurch, dass das Merkmal rechtswidrig hinzugedacht wird, wird es möglich, die pflichtmässigen, rechtmässigen und straflosen Tötungen von der Strafbarkeit auszuschliessen.

Wenn das Merkmal der Rechtswidrigkeit nur deshalb vom Gesetz in der Regel nicht besonders hervorgehoben wird, weil es selbstverständlich ist, dieses Merkmal also in *jedem* gesetzlichen Thatbestand enthalten ist, so ist nicht einzusehen, wie die Thatbestände, in denen die Rechtswidrigkeit ausdrücklich als Merkmal genannt wird,

---

[1]) In diesem Sinne bestimmt der schweizerische Entwurf Art. 18: „Wer eine als Verbrechen bedrohte That befugterweise ausführt, ist nicht strafbar.“

[2]) Lehrbuch, 8. Auflage, S. 135.

[3]) von Liszt in der Überschrift des § 31: „Die Rechtswidrigkeit als Begriffsmerkmal“.

sich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit von den übrigen Thatbeständen, in denen die Rechtswidrigkeit nicht als Merkmal genannt wird, unterscheiden sollen. Denn dann ist der Unterschied doch höchst äusserlich und unwesentlich; lediglich gesetzestechnische Erwägungen entscheiden, ob die Rechtswidrigkeit in dem einen oder andern Fall ausdrücklicher Erwähnung bedürfe. Die Nichterwähnung dieses Merkmals in einem gesetzlichen Thatbestande zeugt dann im Grunde noch deutlicher dafür, dass es wirklich vorhanden ist, als dessen Erwähnung. von Liszt [1]) und mit ihm eine Reihe von Schriftstellern nehmen jedoch an, das Merkmal der Rechtswidrigkeit werde da, wo es im Gesetze ausdrücklich genannt sei, vom Vorsatze des Thäters umfasst, der Thäter sei also nur strafbar, wenn er mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit handelte, während überall da, wo das Merkmal der Rechtswidrigkeit im Thatbestande *nicht genannt* sei, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz gehöre. Ist die Rechtswidrigkeit des Verbrechens Merkmal jedes gesetzlichen Thatbestandes, so muss die Rechtswidrigkeit entweder in allen Fällen oder dann überhaupt nicht vom Vorsatz des Thäters umfasst sein, um dessen Strafbarkeit zu begründen. Da von Liszt das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für alle Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit im Thatbestande nicht genannt ist, mit allergrösster Entschiedenheit als Voraussetzung der Strafbarkeit ablehnt, so kann ihm diese Folgerung nicht gefallen. Sie ist jedoch unabweislich.

Mehrere Schriftsteller, so *Berner*[2]) und *Hugo Meyer*[3]), bezeichnen die sogenannten Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit als *Schuldausschliessungsgründe.* Nach dem Wortsinn sollte man annehmen dürfen, ein Schuldausschliessungsgrund könne nur vorliegen, wenn der Thäter deshalb nicht bestraft wird, weil ihm nicht das Verschulden zur Last fällt, welches das Gesetz für die Strafbarkeit voraussetzt. Demnach würde z. B. mangelnde Zurechnungsfähigkeit des Thäters die Schuld ausschliessen. Wie Hugo Meyer die Bedeutung der Rechtswidrigkeit auffasst, ergiebt sich aus seinen Äusserungen nicht mit vollkommener Sicherheit. Er bemerkt S. 262 ganz richtig: Keine Handlung giebt es, die unter allen Umständen strafbar wäre;

---

[1]) Lehrbuch, 8. Auflage, S. 176 unten, 177 oben. von Liszt beruft sich zur Begründung auf das in § 31 bei Note 5 Gesagte, gerade was von Liszt dort sagt, steht aber mit seiner Annahme im Widerspruch.

[2]) Lehrbuch, 17. Auflage, S. 91.

[3]) Lehrbuch, 5. Auflage, S. 262, und 25 bei *f*, sowie 160 bei 4.

vielmehr können bei einer jeden Umstände vorliegen, welche sie als gerechtfertigt erscheinen lassen ... An diese Darlegung schliessen sich die Worte an: und deswegen Schuldausschliessungsgründe genannt werden zum Unterschied von den Strafausschliessungsgründen. Auch an anderer Stelle beschränkte sich Meyer auf diese Andeutungen. Er erwähnt nur noch, dass die sogenannten Schuldausschliessungsgründe der Normentheorie natürlich als Ausnahmen von der Norm erscheinen. Da Meyer, soweit ich sehe, die Rechtswidrigkeit nirgends als Merkmal des Thatbestandes voraussetzt, so dürfte er der hier vertretenen Auffassung nahe stehen. Gegen diese Annahme spricht freilich, dass Meyer die Ausnahmen von der Strafpflicht als Schuldausschliessungsgründe bezeichnet.

mein! Die Hauptfrage ist, *ob die Rechtswidrigkeit der Handlung zum gesetzlichen Thatbestand gehöre.* Ebensogut könnte man fragen, ob es zum Begriffe der verbotenen Handlung gehöre, verboten zu sein. Was bedeutet denn im Grunde die Rechtswidrigkeit des Verbrechens? Es wird damit lediglich zum Ausdruck gebracht, eine Handlung sei vom Gesetze als rechtswidrig erklärt oder sie verstosse gegen eine Anordnung des Gesetzes. Da unter der Herrschaft des Satzes „nullum crimen sine lege“ die Strafpflicht des Staates ausschliesslich auf dem Gesetze beruht, und da mit der Anerkennung der Strafpflicht hinsichtlich einer Handlung auch deren Rechtswidrigkeit gegeben ist, so ist die Rechtswidrigkeit in diesem Sinne nichts als die Anwendung des Satzes „nullum crimen sine lege“ auf das Verbrechen. Allein es ist verkehrt, anzunehmen, durch den Satz „nullum crimen sine lege“ werde dem Thatbestand des Verbrechens das Merkmal „rechtswidrig“ beigefügt. Ob die Strafpflicht des Staates sich im einzelnen Falle auf Gesetz, Gewohnheitsrecht oder richterliches Ermessen gründet, berührt den Thatbestand der Handlung nicht.

Frage ich: Welche Handlungen widersprechen dem öffentlichen Interesse so sehr, dass sie der Strafgesetzgeber als strafpflichtig und damit als rechtswidrig erklärt? so kann auf diese Frage doch gewiss nicht die Antwort gegeben werden: Gewisse Handlungen, welche der Gesetzgeber als rechtswidrig erklärt, sondern es können diese Handlungen nur nach ihren Merkmalen beschrieben werden.

Ebenso entscheidet *Merkel*[1]) die Frage mit den Worten: „Zu den Thatbestandsmerkmalen gehören nur vom Strafgesetz *vorausgesetzte* Merkmale, nicht solche, welche die That erst aus dem

[1]) Lehrbuch, S. 36, oben.

Strafgesetze selbst gewinnt, also nicht der Umstand, dass sie durch das Strafgesetz verboten und mit Strafe bedroht ist.“ Sobald übrigens kein Bedürfnis mehr vorliegt, die Fälle sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit der *Subsumtion* unter gesetzliche Thatbestände zu entziehen, da diese Fälle als Ausnahmen von der gesetzlichen Strafpflicht *nicht in dem gesetzlichen Thatbestande enthalten sind,* so dürften nur noch Kriminalisten, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Element des Vorsatzes betrachten, versucht sein, die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Thatbestandes festzuhalten. So zeigt sich eben, dass das Merkmal der Rechtswidrigkeit hauptsächlich als Konstruktionsbehelf dient.

In einigen gesetzlichen Thatbeständen wird das Merkmal der Rechtswidrigkeit ausdrücklich erwähnt. So z. B. in folgenden Stellen des deutschen Reichsstrafgesetzbuches:

§ 123 (124). Wer in die Wohnung ... eines Anderen *widerrechtlich* eindringt ...

239. Wer vorsätzlich und *widerrechtlich* einen Menschen einsperrt ...

240. Wer einen Anderen *widerrechtlich* durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt ...

246. Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich *rechtswidrig* zueignet ...

291. Wer die bei den Übungen der Artillerie verschossene Munition, oder wer Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schiessstände der Truppen sich *widerrechtlich* zueignet ...

303. Wer vorsätzlich und *rechtswidrig* eine fremde Sache beschädigt oder zerstört ...

305. Wer vorsätzlich und *rechtswidrig* ein Gebäude ... oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigentum sind, ganz oder teilweise zerstört ...

339. Ein Beamter, welcher durch Missbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Missbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung *widerrechtlich* nötigt ...

Erklärt der Gesetzgeber nun an diesen Stellen noch ausdrücklich, während es im Lisztschen Sinne anderswo überflüssig war, eine Strafpflicht werde nur unter der Voraussetzung begründet, dass die Handlung gesetzwidrig sei. *Nein,* sondern er zieht mit dem Worte „rechtswidrig“ der staatlichen Strafpflicht engere Grenzen; der ge-

setzliche Thatbestand erfährt dadurch eine *Einschränkung* oder es wird doch auf eine anderweitig begründete Einschränkung des gesetzlichen Thatbestandes hingewiesen.

Damit, dass nicht schlechtweg das Eindringen in eine Wohnung, sondern das *rechtswidrige* Eindringen unter Strafe gestellt wird, wird festgestellt, dass nur derjenige Hausfriedensbruch begeht, der *in Verletzung eines Privatrechts,* also gegen den Willen des Inhabers der Wohnung eindringt.

Ähnlich gestaltet sich die Strafpflicht in den Fällen der §§ 246, 291, 303, 305.

Bedeutet rechtswidrig „in Verletzung eines Privatrechts" oder „gegen den Willen des Berechtigten", so wird damit ein weiteres Merkmal in den gesetzlichen Thatbestand eingeführt, aber nicht das Merkmal, dass die Handlung gesetzwidrig sei, denn jede in einen gesetzlichen Thatbestand gefasste Handlung ist gesetzwidrig, sondern das Merkmal, dass die Handlung einen Eingriff in ein Privatrecht in sich schliesse. Mit andern Worten, es wird damit näher bezeichnet, welches Eindringen gesetzwidrig sei. Dringe ich noch so stürmisch in die Wohnung eines Freundes ein, so berührt meine Handlung den gesetzlichen Thatbestand nicht. Dieses richtet sich nur gegen ein Eindringen, das wider den Willen des Berechtigten geschieht. Wenn ein Strolch in eine fremde Wohnung eindringt und zu seiner Verteidigung geltend macht, er habe nicht gewusst, dass man nicht in fremde Wohnungen eindringen dürfe, so wird man diese Verteidigung als eine unverschämte Ausrede ansehen. Würde die Gesetzwidrigkeit des Eindringens Begriffs- und Thatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruches sein, so müsste der Richter sorgfältig feststellen, dass das Eindringen gesetzwidrig ist und dass der Thäter dies wusste. Für den Gesetzgeber liegt keine Veranlassung vor, die Gesetzwidrigkeit des Hausfriedensbruches erst noch festzustellen.

Dringt ein Bettler in meinen Garten ein und folgt dem Bettler ein Polizeimann, um ihn festzunehmen, so kann ich, wenn es mir gefällt, den Bettler aufnehmen und dem Polizeimann die Thüre weisen. Wenn ein Hausfriedensbruch voraussetzt, dass der Thäter wider den Willen des Berechtigten eindringt, so folgt daraus, dass die irrtümliche Annahme des Thäters, der Berechtigte habe gegen das Betreten seiner Wohnung nichts einzuwenden, Hausfriedensbruch ausschliesst. Man kann hier allerdings von einem mangelnden Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sprechen, aber damit ist nicht gemeint,

dass der Thäter sich der Gesetzwidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst war, sondern dass er sich nicht bewusst war, durch sein Verhalten in ein fremdes Recht überzugreifen. Kritisch ist der Fall des Hauseigentümers, der in die Wohnung des Mieters in der irrtümlichen Annahme eindringt, ein Hauseigentümer sei hierzu privatrechtlich befugt. Der Hauseigentümer irrt sich über seine privatrechtlichen Befugnisse und infolgedessen fehlt ihm das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit seines Verhaltens. Für solche Fälle bestimmt der schweizerische Entwurf: „Wer eine als Verbrechen bedrohte That in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden.“ Wenn angenommen würde, der Hauseigentümer sei nicht strafbar, so würde der Mieter damit des Strafschutzes gegen Eingriffe des Hauseigentümers beraubt.

Dagegen enthält das Wort „rechtswidrig“ in andern gesetzlichen Thatbeständen, so namentlich bei Einsperrung (§ 303), einen Hinweis darauf, dass der Thatbestand durch andere Bestimmungen, nämlich durch solche, in denen das Einsperren eines Menschen angeordnet oder zugelassen wird, Ausnahmen erleidet. Rechtswidrig heisst also hier unbefugt, d. h. „nicht auf Grund einer ausnahmsweisen Berechtigung“.

Nicht ganz klar ist der Sinn des „rechtswidrig“ bei der Nötigung, doch wird rechtswidrig auch hier den Sinn von unbefugt haben.

Dadurch, dass der Gesetzgeber das Wort „*rechtswidrig*“ in diesem Sinne beifügt, führt er kein neues Merkmal in den Thatbestand ein, er erinnert nur daran, dass die Handlung, die in dem gesetzlichen Thatbestande bezeichnet ist, ausnahmsweise auf Grund anderer Bestimmungen keine Strafpflicht begründet. Damit disponiert der Gesetzgeber nicht. So findet sich nach einigen Gesetzgebungen das Wort rechtswidrig auch in dem Thatbestand des Mordes, weil es eine grössere Zahl pflichtmässiger, rechtmässiger und strafloser Tötungen giebt. Wenn der Gesetzgeber das Wort rechtswidrig in diesem Sinne in einen gesetzlichen Thatbestand aufnimmt, so verbindet er damit keineswegs die Meinung, der Thäter solle nur bestraft werden, wenn er sich bewusst war, dass er gesetzwidrig handle. Es ist, wie ich aus eigener Erfahrung weiss, eine Frage technischer Zweckmässigkeit, ob das Wort rechtswidrig in diesem Sinne einem gesetzlichen Thatbestand beigefügt werde. Fehlt dem Thäter das Bewusstsein, dass seine Handlung gesetzwidrig ist, so ist dies nicht von anderer Bedeutung als bei andern Delikten;

meines Erachtens kommt dem Irrtum über die Gesetzwidrigkeit der Handlung regelmässig keine Bedeutung zu. Wenn dagegen der Thäter irrtümlich annimmt, es liegen Verhältnisse vor, die, wenn sie wirklich vorhanden wären, die Handlung als nicht strafpflichtig erscheinen liessen, so hat der Thäter nicht eine Handlung gewollt, gegen die der Staat strafend einschreiten muss; es kann ihm daher nicht Vorsatz zugerechnet werden. Das ist jedoch keine Besonderheit der Thatbestände, die das Wort „rechtswidrig" enthalten, sondern es ist ein solcher Irrtum auch bei andern Thatbeständen möglich. Da jedoch der Gesetzgeber das Wort „rechtswidrig" nur da anwendet, wo die Handlung auch als rechtmässige vorkommt, so wird in solchen Fällen eine irrtümliche Annahme eines Verhältnisses, das die Handlung zu einer rechtmässigen gestalten würde, häufiger sein als bei andern Delikten.

Wenn die Rechtswidrigkeit nicht ein Merkmal des Thatbestandes ist und die Fälle sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit sich als Ausnahmen von der Strafpflicht und als Einschränkungen gesetzlicher Thatbestände herausstellen, so sollte man nicht mehr von Gründen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit sprechen; denn diese Bezeichnung hat nur einen Sinn, wenn der gesetzliche Thatbestand die Rechtswidrigkeit voraussetzt und dieses Merkmal einzelnen Handlungen fehlt.

Übrigens sind nicht einmal alle Handlungen, bei denen die Rechtswidrigkeit als ausgeschlossen gilt, rechtmässig. Soweit die Notstandshandlungen nicht auf einem Notrecht beruhen, stehen sie mit den Civilgesetzen im Widerspruch und verpflichten den Thäter zum Schadenersatz. Nicht Mangel der Rechtswidrigkeit kann also die Ausnahme von der Strafpflicht begründen.

Die Notstandshandlung begründet vielmehr deshalb keine Strafpflicht, weil sie das Gemeinwohl nicht in dem Grade verletzt, dass eine Bethätigung der staatlichen Strafgewalt erforderlich ist. Warum das Gemeinwohl durch eine Notstandshandlung in geringerem Grade berührt wird, soll später eingehender dargelegt werden.

Wenn wir nun auch wissen, dass die Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit Ausnahmen von der Strafpflicht begründen und die gesetzlichen Thatbestände einschränken, so sind wir noch im unklaren darüber, *aus welchen Gründen* der Gesetzgeber in diesen Fällen die Strafpflicht des Staates verneint und *warum* Verletzungen, die sonst strafpflichtig sind, *ausnahmsweise pflichtmässig, rechtmässig* oder *straflos* erklärt werden.

Es ist möglich, dass der Gesetzgeber von Fall zu Fall durch besondere Erwägungen bestimmt wird, die sonst strafpflichtige Verletzung ausnahmsweise anders zu behandeln; es liegt aber nahe, dass die Gründe des Gesetzgebers sich auf einen *einheitlichen* Grundgedanken zurückführen lassen. Dass dies wirklich der Fall sei, hat schon *Adolf Merkel* vermutet. *Merkel* behandelt in dem 6. Kapitel der ersten Abteilung seines Lehrbuches (S. 156) „Besondere Verhältnisse, welche für die Frage der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit einer Handlung entscheidend sein können“. Die hierher gehörigen Thatsachen, führt *Merkel* aus, lassen, von den in § 63 zu besprechenden [1]) abgesehen, eine *gemeinsame Charakterisierung* [2]) insofern zu, als sie mit einer Sachlage zusammenhängen, in welcher den im allgemeinen durch das Strafrecht geschützten Interessen andere gegenüberstehen, um derentwillen die Verletzung jener ausnahmsweise sei es entschuldigt (bezw. besonders milde beurteilt), sei es für rechtmässig erklärt, sei es sogar zur Pflicht gemacht wird. „*Interessenkollisionen* stehen hierbei also in Frage.“ An anderer Stelle, S. 167, drückt sich *Merkel* so aus: „Es handelt sich hierbei ... um eine ausnahmsweise Preisgebung von Interessen, die sonst geschützt sind, mit Rücksicht auf entgegenstehende Interessen.“

Es ist nicht ganz leicht, den Gedanken *Merkels* mit aller Sicherheit zu erfassen, weil Merkel wiederholt von Interessen spricht und nicht angiebt, wen er als *Inhaber* dieser Interessen betrachtet. Wahrscheinlich spricht Merkel hier von den Gegenständen des Strafschutzes und nicht von dem Interesse des Staates an diesen Gütern. Merkel sagt also mit andern Worten: Der Staat giebt in diesen Fällen ein Gut, das er sonst schützt, der Verletzung preis, weil die Rücksicht auf ein anderes Gut diese Preisgabe nötig macht.

Zu der Preisgabe des einen Gutes wird sich der Staat nur entschliessen, wenn er das entgegenstehende Gut höher schätzt und wenn dieses von ihm höher geschätzte Gut nur durch Verletzung des andern Gutes geschützt werden kann. So ergiebt sich nicht nur eine Kollision zwischen dem Interesse des Inhabers des einen Gutes mit dem Interesse des Inhabers des andern Gutes, sondern auch eine Interessenkollision für den Gesetzgeber und den Staat.

Wenn der Staat sich verpflichtet erachtet, *beide* Güter zu schützen, er aber das Gut, das er für wichtiger erachtet, nur durch

[1]) § 63 handelt von der „Einwilligung des Verletzten“.

[2]) Von Merkel nicht unterstrichen.

Preisgabe des andern Gutes schützen kann, so befindet er sich in einer wahren Interessenkollision. Ich weiss nicht, ob *Merkel* auch an dieses Verhältnis gedacht hat, vermute aber, dass er nur an die Kollision dachte, die für die Güter und deren Inhaber entsteht. Das scheint mir aber sicher, dass *für den Staat* nicht in allen diesen Fällen eine *Interessenkollision* entsteht. Der Notstand, in dem sich ein Gut befindet, begründet allerdings für den Staat dann eine Interessenkollision, wenn sich die *Notstandshandlung* nicht auf ein Notrecht gründet; denn dann besteht ein Interesse des Staates sowohl an dem gefährdeten Gut, als an dem Gut, durch dessen Verletzung das gefährdete Gut allein gerettet werden kann.

Ist das Interesse des Staates an dem gefährdeten Gut grösser als sein Interesse an dem Gut, durch dessen Verletzung das gefährdete Gut gerettet werden kann, so wird sich der Staat dazu entschliessen, das wichtigere Gut zu schützen und damit das andere Gut der Verletzung preiszugeben.

Dagegen begründet die *Notwehrhandlung* für den Staat keine Interessenkollision, denn indem der Staat den Angegriffenen ermächtigt, Güter des Angreifers zu seiner Verteidigung zu verletzen, anerkennt er, dass er kein Interesse hat, die Güter des Angreifers gegen die Verteidigung des Angegriffenen zu schützen.

Wenn aber der *Staat* Güter eines Schuldigen *zur Strafe* vernichtet, also z. B. an dem Mörder die Todesstrafe vollstrecken lässt, so giebt er nicht sein Interesse an dem Leben des Mörders zu gunsten seines Interesses an dem Strafgüterschutz preis, sondern er bekundet, dass sich sein Interesse an dem Leben des Mörders in ein Interesse an dessen Hinrichtung verwandelt hat.

Dass Merkel lediglich an eine Kollision zwischen den entgegenstehenden Gütern dachte, von denen das eine nur durch Verletzung des andern geschützt werden kann, ergiebt sich aus seinen weitern Äusserungen. Merkel bemerkt S. 157:

„3. Bezüglich solcher Kollisionen ist von der Regel auszugehen, dass wir eine Gefährdung unserer Interessen nicht auf Kosten anderer abwenden sollen. Verletzungen dieser werden im allgemeinen durch das, in einer derartigen Gefährdung liegende, Motiv nicht rechtmässig und nicht entschuldigt. Nur bei der Strafbemessung ist regelmässig die der Handlung zu Grunde liegende Gefahr, je nach ihrer Grösse und nach der Natur der gefährdeten Interessen, in Betracht zu ziehen.

„4. Unter Umständen ist aber, wie schon erwähnt, jenen Kollisionen ein weitergehender Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung gegebener Handlungen und zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten eingeräumt.“

Eingehender beschäftigt sich *Rudolf Merkel* in seiner Schrift „Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen“ [1]) mit dem Kollisionsverhältnis.

Nach Rudolf Merkel, S. 14, besteht die Kollision von Interessen in „einem gegensätzlichen Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, dass die Geltendmachung des einen nur möglich ist auf Kosten des andern“. Damit wird aber das Verhältnis, das in Frage steht, nicht treffend bezeichnet.

Wenn sich die Schiffbrüchigen der Yacht Mignonette entschlossen, den Schiffsjungen zu töten, um sich durch Verzehrung seines Leichnams vom Hungertode zu erretten, so trat das Leben des Schiffsjungen nicht in Kollision mit dem Leben der andern.

Wenn der verirrte Wanderer in ein verlassenes Haus einbricht und sich Obdach und Nahrung verschafft, so kollidiert sein Interesse nicht mit dem Interesse des Eigentümers des Hauses.

Wenn der Spaziergänger dem Strolch, der ihm die Pistole auf die Brust setzt, die Waffe entwindet und ihn dabei verletzt, so ist allerdings ein Streit, eine Kollision entstanden, aber darin, dass sich der Angegriffene des Angreifers nur durch dessen Verletzung erwehren konnte, liegt meines Erachtens keine Interessenkollision.

Noch schwieriger wird es mir, in der Vollstreckung der Strafe an einem Verurteilten eine Interessenkollision zwischen den Interessen des Staates und des Sträflings zu finden.

Eine Interessenkollision liegt meines Erachtens dann vor, wenn mehrere sich um die Befriedigung eines Interesses streiten und nur das Interesse des einen oder der einen befriedigt werden kann, die übrigen aber das Interesse nicht befriedigen können. Zu solchen Interessenkollisionen kann allerdings ein Notstand Veranlassung geben.

Wenn sich mehrere in gemeinsamer Gefahr befinden und die Mittel zur Rettung nur für eine Minderheit der Gefährdeten ausreichen, alle aber ihr Leben oder ihr Gut retten wollen, so entsteht ein Widerstreit von Interessen, eine Interessenkollision. Für eine Schar Schiffbrüchiger ist nur *ein* Kahn da; wer nicht in den

---

[1]) Strassburg 1895.

Kahn gelangt, ist verloren. Man schlägt sich um den Kahn. Eine Schar Hungernder stützt sich auf einen kleinen Vorrat von Lebensmitteln, der nur für wenige ausreicht; alle wollen den Hunger damit stillen.

Allein es kommt nicht auf den Namen an, mit dem das Verhältnis bezeichnet wird, sondern auf das Verhältnis selbst. Besteht nun das gemeinsame, charakteristische Merkmal der in Frage stehenden Fälle darin, dass ein Gut nur durch Verletzung des andern Gutes erhalten, ein Interesse nur durch Verletzung des andern Interesses geltend gemacht werden kann? Der Notstand weist allerdings dieses Verhältnis auf. Das Verhältnis der Notwehr zeigt schon eine Abweichung, weil das Interesse des Angegriffenen berechtigt ist, das Interesse des Angreifers unberechtigt. Wenn wir die Vollstreckung der Todesstrafe im Sinne haben und sagen, das Interesse des Staates auf Strafgüterschutz kann nur durch Verletzung des Interesses des Verurteilten an seinem Leben geltend gemacht werden, so erscheint uns damit das Verhältnis zwischen Staat und Sträfling gewiss nicht richtig bezeichnet.

Auf die chirurgische Operation passt die Formel gar nicht; denn wenn die Operation auch eine Verletzung sein sollte (was sie nicht ist), so geschieht diese Verletzung nicht „auf Kosten“ eines andern Interesses, sondern die Operation dient zum Wohl des Patienten, der „verletzt“ wird. Der Patient wird also „auf eigene Kosten“, nicht auf „Kosten des andern“ geheilt.

Jedenfalls ist damit nur *eine* Seite des Verhältnisses gekennzeichnet und nicht der Grund aufgedeckt, der den Gesetzgeber bestimmt, die Verletzung als pflichtmässig, rechtmässig oder straflos der Strafpflicht zu entziehen. Das hebt auch *Adolf Merkel*[1]) ausdrücklich hervor, indem er annimmt, es sei jenen Kollisionen unter *verschiedenen Gesichtspunkten* ein Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung eingeräumt. Damit verzichtet er freilich darauf, diese Fälle auf einen einheitlichen gesetzgeberischen Gedanken zurückzuführen.

Nach Merkels Auffassung berücksichtigt der Gesetzgeber[2]):

1. „*Die Stärke der* in solchen Kollisionen sich begründenden *Motive*“ oder „Die Macht des der Handlung zu Grunde liegenden Inseresses“.

[1]) Lehrbuch, S. 157 u. ff.

[2]) Es werden hier nur die Momente erwähnt, die Merkel als Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit anführt.

Beispiel: Jemand tötet einen andern, um sich aus einer sonst nicht abwendbaren gegenwärtigen Lebensgefahr zu retten.

2. Die Wahrung berechtigter Interessen.

Beispiel: Notwehr, Selbsthülfe, Beleidigung im Falle des § 193, R. St. G. B.

3. Die ordnungsmässige Ausübung eines staatlich zugelassenen und geregelten Gewerbes.

Beispiel: Ärztliche Handlungen.

4. Die Ausübung rechtlicher Befugnisse.

Beispiele: Das Züchtigungsrecht, die Strafen aus dem Prozessrecht für Private und Behörden, obrigkeitliche Befugnisse und Pflichten, militärische Pflichten in Krieg und Frieden.

5. Unter gewissen Voraussetzungen: den Befehl des Vorgesetzten.

Dieser Auffassung möchte ich die folgende gegenüberstellen.

Wenn der Gesetzgeber in gewissen Fällen eine Verletzung, die er sonst strafpflichtig erklärt, anordnet, zulässt oder ausdrücklich von der Strafpflicht ausnimmt, so kann dies nur darin seinen Grund haben, dass diese Handlungen für das Gemeinwohl eine andere Bedeutung haben als die strafpflichtigen Verletzungen.

Gebietet der Gesetzgeber eine verletzende Handlung, so muss diese Verletzung dem Gemeinwohl nicht schädlich, sondern nützlich sein; *erlaubt* der Gesetzgeber eine verletzende Handlung, so darf angenommen werden, dass sie mit dem Gemeinwohl vereinbar ist; erklärt der Gesetzgeber eine verletzende Handlung als straflos, so wird sie für das Gemeinwohl mindestens erträglich sein. Was verleiht diesen verletzenden Handlungen nun eine solche Bedeutung für das Gemeinwohl? Es ist dies meines Erachtens *die Zweckbestimmung der Handlung, die sie in den Dienst des Güterschutzes stellt.* Die Formel: *Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung* erklärt nicht nur das Wesen der Strafe, sondern auch die Natur der Fälle sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit. Ist die Verletzung durch den Zweck des staatlichen Güterschutzes geboten, so ist die Verletzung pflichtgemäss. Ist die Verletzung durch den Zweck des privaten Güterschutzes nach Auffassung des Gesetzgebers gerechtfertigt, so ist sie rechtgemäss. Verliert die Verletzung durch den Zweck des privaten Güterschutzes ihren gemeinschädlichen (antisocialen) Charakter, so begründet sie für den Staat keine Strafpflicht. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Zweck des Güterschutzes nur durch die verletzende Handlung erreicht werden konnte.

Wenn die verletzende Handlung durch ihre Zweckbestimmung der Strafpflicht des Staates entzogen wird, so folgt daraus, dass die verletzende Handlung insoweit und nur insoweit pflichtmässig, rechtmässig oder nicht strafpflichtig ist, als die Verletzung wirklich im Dienste des Güterschutzes steht. Soweit eine verletzende Handlung nicht auf dieser Zweckbestimmung beruht, besteht kein Grund, sie anders zu behandeln, als andere verletzende Handlungen.

Zu den verletzenden Handlungen, die mit Rücksicht auf den Zweck des Güterschutzes, dem sie dienen, nicht strafpflichtig sind, gehören namentlich folgende:

Verletzende Handlungen, die zur Durchführung des staatlichen Güterschutzes notwendig sind, also vor allem die *Strafvollstreckungen*.

Soweit der Gesetzgeber die Strafgewalt des Staates weiter ausdehnt, als der Zweck des Güterschutzes es notwendig macht, ist die Strafgewalt des Staates zwar gesetzmässig, aber innerlich haltlos und willkürlich. Die formelle Strafpflicht entspricht dann nicht der materiellen Strafpflicht.

Der Strafgesetzgeber soll sich daher bewusst sein, dass die Verletzungen, die er zur Strafe anordnet, ihrem Wesen nach Unrecht sind, wenn der Zweck des staatlichen Rechtsgüterschutzes diese strafenden Verletzungen nicht notwendig macht.

Was für die *Strafe* gilt, gilt ebenso für die *Disciplinarstrafe* und für die *Eingriffe der Kriminalpolizei,* des Staatsanwaltes und der Untersuchungsbehörde in die Freiheit und in andere Güter Verdächtiger. Auch die Eingriffe, welche die *Zwangsvollstreckung* mit sich bringt, beruhen auf der nämlichen Zweckbestimmung.

Ob sich der Staat zur Ausführung der verletzenden güterschützenden Handlung eines Beamten oder Bediensteten bedient oder dieselbe gelegentlich einem Bürger auferlegt, ist nicht wesentlich.

Der grossartigste und schrecklichste durch Güterverletzung geübte staatliche Güterschutz ist der *Krieg*. Die Vernichtung und Verletzung menschlichen Lebens und anderer Güter wird hier von Hunderttausenden als berufsmässige Kunst betrieben. Allein nur da, wo der Krieg das einzige Mittel ist, das Land zu schirmen und zu schützen, gründen sich die kriegerischen Schädigungen auf ein Gebot des öffentlichen Wohls. Ein leichtsinnig und ohne Not erklärter Krieg bedeutet eine unendliche Zahl von Tötungen, Körperverletzungen, Schädigungen aller Art, welche der Landesschutz nicht erforderte und die daher des Grundes entbehren, der sie allein rechtfertigen kann.

Für die *Notwehr* und die Fälle der *berechtigten Selbsthülfe,* sowie für die Beleidigung im Sinne des § 193, R. St. G. B., anerkennt auch Merkel die Wahrnehmung berechtigter Interessen, also den Güterschutz, als den Grund, der die verletzende Handlung rechtfertigt. Weniger deutlich zeigt sich die Güterverletzung als Güterschutz in der Ausübung der Erziehungs- und der Zuchtgewalt, dem sogenannten Züchtigungsrecht. Denn es liegt nahe, die Zweckbestimmung einer Züchtigung in der Besserung des Gezüchtigten zu erblicken.

Sobald sich jedoch die Züchtigung als eine verletzende Handlung darstellt, die sonst strafpflichtig ist, so besitzt die Züchtigung Strafnatur und sie steht wenn auch nicht im Dienste des staatlichen Güterschutzes, so doch im Dienste des Schutzes idealer Güter engerer menschlicher Kreise, so namentlich der Familie und der Schule.

Gehören auch Verletzungen hierher, die man gewöhnlich durch ein *berufliches* oder *gewerbliches Recht* rechtfertigt? Der wichtigste Fall ist die *chirurgische Operation.*

Gewiss ist die operative Behandlung eine wichtige Form des Gesundheitsschutzes, also des Güterschutzes, und es kann auch nicht in Abrede gestellt werden, dass die Operation das äussere Bild einer Körperverletzung bietet. Allein es handelt sich hier nicht darum, ein Gut durch Verletzung eines *andern* Gutes zu schützen, vielmehr wird die Gesundheit eines Menschen durch einen Einschnitt in seinen *eigenen* Körper geschützt. Dieser Einschnitt ist daher nur äusserlich verletzend, in Wahrheit aber heilend, lindernd, mit einem Wort dem Zustand des Operierten angemessen.

Auch die *Notstandshandlung* steht im Dienste des Güterschutzes. Der Thäter verletzt das Gut eines andern, weil dies das einzige Mittel ist, sein (oder eines andern) Gut zu retten. Je wichtiger das gerettete Gut gegenüber dem aufgeopferten ist, desto begründeter erscheint uns die verletzende Rettungshandlung auch von einem allgemeinen Standpunkte aus. Es wäre thöricht, mein Leben, das ich einzig durch eine Schädigung fremden Gutes retten kann, nicht durch diese Verletzung zu erhalten. Der Gesetzgeber sollte für solche Fälle die Verletzung fremden Gutes mit der Auflage *erlauben,* dass der Verletzende den Schaden vergüte, den er durch sein Handeln verursacht. Dieser Anforderung entspricht in der Hauptsache § 904 (§ 228) des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Für die Fälle, in denen der Gesetzgeber die Notstandshandlung nicht durch ihre Zweckbestimmung als *gerechtfertigt* erachtet, wird doch die *Strafpflicht* dann auszuschliessen sein, wenn dem Handelnden

den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.[1]) Ob dem Handelnden zugemutet werden kann, das Gut preiszugeben, wird allerdings zumeist von der Bedeutung des in Frage stehenden Gutes und seinem Verhältnis zu dem andern Gut abhängen, aber doch nicht ausschliesslich.

Wenn jemand eine Person, die unter seinem Schutze steht, in einer Gefahr aufopfert, um sein eigenes Leben zu retten, so ist eine solche Rettung schändlich und sie verdient keine Rücksicht. Wenn das russische Elternpaar dem Rudel Wölfe, das sie auf der Fahrt verfolgte, ein Kind nach dem andern vorwarf, um sein eigenes Leben zu retten, so ist das kein Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung, der sich mit dem Gemeinwohl verträgt.

Dass Verletzungen, die auf *Befehl* eines Vorgesetzten oder mit Einwilligung des Verletzten ausgeführt werden, von dem Gesetzgeber nicht mit Rücksicht auf die güterschützende Zweckbestimmung der Verletzung straflos gelassen werden, liegt auf der Hand.

Die Straflosigkeit des verletzenden strafpflichtigen Handelns beruht hier nicht darauf, dass die auf Befehl vorgenommene Verletzung eines Gutes durch dieses Verhältnis eine andere Bedeutung für das Gemeinwohl gewinnt, die Verletzung bleibt nach wie vor dem Gemeinwohl schädlich, aber das Pflichtverhältnis, in dem der Thäter zu dem Vorgesetzten steht, entschuldigt den Thäter.[2])

Gewiss kommt auch der „Einwilligung des Verletzten“ ein Einfluss auf die Gestaltung der Strafpflicht zu. Doch wird dieser Einfluss meist nicht richtig aufgefasst.

Gewisse Verletzungen von Gütern berühren das öffentliche Wohl nur insofern, als damit in die Rechtssphäre einer Person wider Recht eingegriffen wird. Der Staat hat kein Interesse, dass dieser oder jener Vermögensgegenstand nicht zerstört oder beschädigt werde, oder dass er im Besitz der nämlichen Person bleibe, aber er hat ein Interesse daran, dass der Besitz des Gegenstandes dem Berechtigten nicht durch Gewalt, List oder Betrug entzogen werde. In solchen Fällen schliesst die Einwilligung des Verletzten zu der Verletzung die Strafpflicht des Staates aus.

---

[1]) So der schweizerische Entwurf, § 20.

[2]) Vgl. *Van Calker,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891, S. 11 ff. Van Calker bezeichnet den Befehl als „einen *persönlichen* Schuldausschliessungsgrund für den Gehorchenden“.

In andern Fällen handelt es sich nicht nur darum, Verletzungen zu bekämpfen, die einem Gute gegen den Willen seines Inhabers zugefügt werden, dann nämlich, wenn das Gemeinwohl an der Unverletzlichkeit eines Gutes ein selbständiges Interesse besitzt. So hat der Staat z. B. ein Interesse daran, dass nicht Menschen ohne Not getötet, an der Gesundheit oder am Körper verletzt, oder dass Unmündige, Geisteskranke und Geistesschwache nicht geschlechtlich missbraucht werden.

Welche Güter unabhängig von dem Willen ihres Inhabers staatlichen Strafschutzes teilhaftig werden sollen, lässt sich nicht nach der Beschaffenheit des Gutes entscheiden. Namentlich ist die Unterscheidung in veräusserliche und unveräusserliche Güter zumal gegenwärtig nicht verwendbar. Denn der Gesetzgeber fühlt sich verpflichtet, nicht nur unveräusserliche Güter ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Verletzten zu schützen, sondern auch Güter, deren Veräusserlichkeit zweifellos ist.

Der Staat schützt in neuester Zeit den Schwachen und Armen gegen verletzende Handlungen, die sich insbesondere gegen sein Vermögen oder seine geschlechtliche Freiheit richten, und zu denen er eingewilligt hat. Die Verteidigung des Verletzenden, „er war ja einverstanden", gilt nicht mehr.

Dieser *sociale* Gedanke der modernen Strafgesetzgebung zeigt sich namentlich in den Strafbestimmungen gegen *Ausbeutung* des Vermögens der Arbeitskraft und der geschlechtlichen Freiheit des Arbeiters und der Arbeiterin, und des wirtschaftlich Schwachen überhaupt. Es handelt sich also hier nicht um Ausnahmen von der Strafpflicht in dem Sinne, dass Verletzungen, die regelmässig strafpflichtig sind, ausnahmsweise keine Strafpflicht begründen, sondern um Verhältnisse, welche auf den Umfang und den Inhalt der Strafpflicht einwirken.

Aus diesen Erörterungen ergiebt sich, dass *die Zweckbestimmung des Güterschutzes ein einheitlicher Grund* ist, der den Gesetzgeber bestimmt, verletzende Handlungen, die er sonst als strafpflichtig erklärt, zu gebieten, zu erlauben oder straflos zu erklären, und also in jedem solchen Falle die Strafpflicht des Staates auszuschliessen. Man kann von *Verletzungen* sprechen, *die mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung zum Güterschutz nicht strafpflichtig sind.*

Damit dürfte der Nachweis erbracht sein, dass die güterschützenden Verletzungen weder eine *materielle* noch eine *formelle Strafpflicht* des Staates begründen. Die Voraussetzungen einer materiellen Strafpflicht fehlen; denn der Staat hat kein Interesse daran, ein Gut gegen Verletzungen zu schützen, die mit dem Gemeinwohl vereinbar sind oder die das Gemeinwohl geradezu erheischt. Solchen güterschützenden Verletzungen gegenüber erscheint daher das verletzte Gut nicht als *Rechts*gut, d. h. nicht als Gegenstand des Strafschutzes. Auch *ethisch* unterscheiden sich die güterschützenden Verletzungen durchaus von den deliktischen Verletzungen; doch wird das ethische Moment bei der Beurteilung von Notstandshandlungen zu wenig berücksichtigt.

Wenn die güterschützenden Verletzungen ihrer Natur nach aus dem Strafrecht ausscheiden, so würde es auffallend sein, wenn sie der Gesetzgeber unter die mit Strafe bedrohten Handlungen aufnehmen würde, und er es dem Richter überlassen würde, die Straflosigkeit des Thäters wegen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit herbeizuführen. So ist jedoch die Strafgesetzgebung nicht aufzufassen. Der Strafgesetzgeber denkt nicht daran, die güterschützenden Verletzungen seiner Strafpflicht auch nur formell zu unterwerfen; die gesetzlichen Thatbestände dürfen nicht auf diese güterschützenden Verletzungen bezogen werden. Nur eine äusserliche, das Wesen des Strafrechts verkennende Auslegung wird darauf bestehen, dass die gesetzlichen Thatbestände buchstäblich und ohne Rücksicht auf die Ausnahmen, die sich aus andern Gesetzesstellen ergeben, verstanden werden.

